

JUECES Y POLÍTICA

Luigi Ferrajoli¹

Universidad de Camerino

1. EL DERECHO CONTRA EL PODER



A relación entre Derecho y poder se presta a dos interpretaciones diferentes. Puede ser entendido, según la interpretación ofrecida por Gregorio Peces-Barba en la «Introducción» a este Seminario, como una relación biunívoca, como la que existe entre las dos caras de una misma moneda: el poder es el presupuesto del Derecho y el Derecho es el fundamento del poder, en el sentido de que no existe ningún Derecho sin un poder que sea capaz de hacerlo respetar, y no hay poder, al menos en los ordenamientos modernos, que no encuentre su fundamento en el Derecho.

Pero esta misma relación puede ser interpretada en un sentido completamente diferente: como relación no ya de implicación recíproca, sino de recíproca oposición. Es éste el sentido que me parece más significativo, al menos desde la perspectiva del tema que me ha sido asignado, es decir, de la relación entre jurisdicción y política en el Estado de Derecho. El poder —todos los poderes, incluso el de los jueces— tiende a acumularse siempre en formas abso-

¹ Traducción de Andrea Greppi.

lutas²; y el Derecho, a su vez, por lo menos en la edad moderna, se configura como una técnica de ordenación y, por tanto, de limitación y minimización del poder.

Considero que ésta es la naturaleza del Derecho moderno y del Estado de Derecho. Principio de legalidad, división de poderes y su sometimiento a la ley no son nada más que técnicas dirigidas a la limitación de un poder público que, de lo contrario, sería absoluto. La misma metáfora hobbesiana del contrato social y del Leviatán alude a esta función del Derecho: el Derecho, dice Hobbes, es negación de la guerra, del *bellum omnium contra omnes* que caracteriza el Estado de naturaleza. En sí mismo es un instrumento de regulación y de minimización de los poderes salvajes y de la violencia ilimitada de aquel Estado que no es de Derecho; límite, e incluso negación de la ley del más fuerte que impera en su ausencia. Podríamos entenderlo como la *ley del más débil* que se opone a la ley del más fuerte que caracteriza el Estado de naturaleza. En efecto, es ley del más débil el Derecho penal, que protege a las víctimas frente a la violencia de los delitos; también es ley del más débil el Derecho procesal, que tutela a los acusados frente a la arbitrariedad y los castigos excesivos. Es ley del más débil el Derecho del trabajo, que tutela a los trabajadores frente a un poder como el de los empresarios que, de lo contrario, sería ilimitado. Son leyes del más débil todos los derechos fundamentales y sus garantías. E incluso el derecho de propiedad es una ley de los débiles contra el poder de apropiación ilegítima por parte de los más fuertes.

Toda la historia del Derecho puede ser leída como la historia de esta lenta, difícil y controvertida obra de minimización del poder; de una progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes: que es «el gobierno de la razón», escribía Aristóteles, mientras que el gobierno de los hombres es inevitablemente el gobierno de las pasiones, es decir de aquel «animal que es el hombre», pues la pasión es el impulso «que desvía a los gobernantes y aun a los hombres mejores»³. Es en el paso del Derecho premoderno al Derecho moderno cuando el gobierno de las leyes se afianza bajo la forma del principio de legalidad, como fuente de legitimación del poder. Y ello se ha perfeccionado en el presente siglo con las constituciones rígidas, que han llegado a someter al legislador a la ley constitucional; de manera que en las de-

² «C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites» (Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois en Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1951, vol. II, XI, 4, p. 395).

³ Aristóteles, *Política*, III, 16, 1287a, trad. cast. C. García Gual y A. Péres Jiménez, Alianza, Madrid, 1986.



mocracias constitucionales actuales no existen ya poderes absolutos o soberanos, pues todos están sometidos a la ley, no sólo por lo que respecta a la forma sino también por el contenido de sus decisiones.

La juridificación del poder ha sido conseguida después de un proceso lento y lleno de obstáculos. Basta mencionar la dificultad con la que se ha ido definiendo, a lo largo del pasado siglo la jurisdicción administrativa, pues inicialmente era impensable que el Estado tuviera que comparecer en juicio; o en la doctrina de los iuspublicistas alemanes, desde Gerber hasta Jellinek y Santi Romano, de los derechos fundamentales como «efectos reflejos» de la potestad autolimitativa del Estado⁴, ya que durante mucho tiempo parecía impensable que un particular pudiese hacer uso de derechos frente al Estado. Obsérvese, sin embargo, el espacio que todavía ocupan en la práctica política y en la doctrina jurídica las referencias a esos auténticos residuos de absolutismo que son el principio de la razón de Estado, o la doctrina de los actos políticos como actos no sometidos a Derecho o, también, el principio del secreto de Estado como prerrogativa insuprimible del poder ejecutivo.

Pues bien, es posible afirmar que a cada avance del principio de legalidad, cada paso realizado en la obra de limitación y de sometimiento del Derecho al poder, supone un aumento de los espacios de la jurisdicción. Porque la actuación jurisdiccional aparece precisamente ante la violación del Derecho, y por tanto se extiende cuando el Derecho se va haciendo más complejo y penetrante, y cuando se amplía, a través de obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, el abanico de las posibles violaciones del Derecho mismo: violaciones, que no serán solamente ya resultado de la actividad de los ciudadanos, sino también, y cada vez más, de los poderes públicos.

Se explica de esta forma el extraordinario desarrollo de la función de control del poder judicial que se ha producido en estas últimas décadas en todas las democracias avanzadas. Un fenómeno común a las democracias actuales es, en efecto, la expansión de la función normativa del Derecho en relación con los poderes públicos y, por tanto, de las posibles violaciones por parte de sus titulares. Esta expansión responde a dos causas convergentes, que son igualmente estructurales e irreversibles: la transformación de la estructura del sistema ju-

⁴ K. G. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staats-rechts*, (1865), trad. it. de P. L. Lucchini, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, en *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1971, pp. 130-133; G. Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, (1892), trad. it. de G. Vitagliano, *Sistema de diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libreria, Milano 1912, pp. 215 ss.; S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, en V. E. Orlando, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, cit., I, pp. 159-163.

rídico como consecuencia de su evolución hacia las formas del Estado constitucional de Derecho; la transformación de la estructura del sistema político producida por el simultáneo desarrollo del Estado social y por la consiguiente intervención del Estado en la economía y en la sociedad.

2. DOS MUTACIONES ESTRUCTURALES EN EL SISTEMA JURÍDICO Y POLÍTICO

La primera mutación —aquella que afecta a la estructura del sistema jurídico— se ha producido con la difusión, sobre todo después de la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas: este tipo de constitución incorpora principios y directivas fundamentales que establecen límites y vínculos, garantizados por el control de constitucionalidad, no sólo frente al poder ejecutivo y al poder judicial, sino también frente al poder legislativo. En el modelo tradicional, paleo-positivista y jacobino, el Estado de Derecho se fundaba esencialmente en la primacía de la ley, y la democracia en la omnipotencia de las mayorías, identificada a su vez en la omnipotencia del parlamento. Existían, naturalmente, cartas constitucionales, declaraciones de derechos y estatutos. Pero estos documentos tenían de hecho valor de ley, no habiendo sido inventada aún, al menos en Europa, la forma de la constitución rígida. El Estatuto albertino del Reino de Italia, por ejemplo, al margen de las posibles interpretaciones actuales de su «natural» rigidez⁵, era considerado una ley ordinaria y fue desarbolado por las leyes fascistas de Mussolini en el año 1925 sin que ningún jurista denunciara un golpe de estado formal.

Es evidente que en un paradigma como éste el papel del juez, como órgano sometido solamente a la ley —«*bouche de la loi*», según la metáfora de Montesquieu— venía a configurarse como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra, que completan el paradigma del Estado de Derecho sometiendo también al legislador a la

⁵ La tesis de la rigidez natural de las constituciones ha sido sostenida recientemente por Alessandro Paci, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova 1996; la misma tesis aparece también en M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano 1997, donde se afirma que el Estatuto albertino del Reino de Italia no era en realidad una constitución flexible, sino rígida, e incluso rigidísima porque en ausencia de normas sobre su reforma debía ser considerada como una norma de imposible revisión. No es una casualidad, sin embargo, que esta tesis haya sido formulada solamente en estos últimos años, y no en el momento de la aparición del fascismo.

ley —en concreto, a la ley consitutucional— y transforman el viejo Estado de Derecho en Estado constitucional de Derecho. Tras el acontecimiento histórico fundamental que fue la derrota del nazi-fascismo, se toma conciencia de que el consenso popular sobre el que indudablemente se habían apoyado los regímenes totalitarios no garantiza en absoluto la calidad de un sistema político. Y se descubre de nuevo el valor de la constitución como conjunto de meta-reglas impuestas a los titulares de los poderes públicos, incluso a las mayorías, que quedan vinculadas a la recíproca separación y al respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, según la noción de «constitución» expresada hace dos siglos en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789: «*Tout société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*».

Se trata de una transformación radical en el paradigma del Derecho moderno: una especie de segunda revolución que cambia a un mismo tiempo la naturaleza del Derecho, la naturaleza de la política y la naturaleza de la democracia. En el campo de la teoría del Derecho esta mutación puede ser descrita por medio de la tesis de la subordinación de la ley al Derecho y por la consiguiente distinción entre vigencia (o existencia) y validez de las normas. La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, aquella que tuvo lugar con la aparición del Estado moderno, se centraba en la afirmación del principio de legalidad y, con él, de la omnipotencia del legislador. Ello implicaba una identificación entre la validez de las leyes, en oposición a las viejas concepciones iusnaturalistas, con su positividad, es decir con su producción según las formas previstas por el ordenamiento. *Auctoritas non veritas facit legem*, había afirmado Hobbes⁶ invirtiendo la máxima iusnaturalista *veritas non actoritas facit legem*: Derecho no es aquello que es considerado (en cada circunstancia particular) como ontológicamente verdadero o justo, en todos los posibles sentidos de estas expresiones, sino aquello que es considerado como tal por la ley. El principio de la omnipotencia del legislador se traducía, en otro ámbito, en la idea de la omnipotencia de la política —es decir, de la primacía de la política sobre el Derecho, siendo la legislación competencia exclusiva de la política— y, correlativamente, una vez que el legislador llegaba a democratizarse en las formas

⁶ «*Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas facit legem*»; T. Hobbes, *Leviathan* (1651), trad. latina (1670), en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, a cargo de W. Molesworth, (1839-1845), reeditado por Scientia Verlag, Aalen 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202. Una máxima casi idéntica aparece en T. Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1665), trad. cast. *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, trad. M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid 1992.

de la democracia parlamentaria, en una concepción plenamente política y formal de la democracia, identificada con la voluntad de la mayoría.

Pues bien: la segunda revolución que tiene lugar en la segunda posguerra con la aparición de las constituciones rígidas supone la culminación del Estado de Derecho, es decir el sometimiento a la ley de todos los poderes incluido el legislativo que queda subordinado al Derecho y, concretamente, a la constitución, no sólo en cuanto a las formas y procedimientos de formación de las leyes sino ahora ya también en cuanto a sus contenidos. En el Estado constitucional de Derecho, por consiguiente, el legislador no será omnipotente, pues las leyes que promulga no son válidas por ser vigentes, es decir, por haber sido producidas en las formas establecidas por las normas sobre su producción, sino que lo son sólo si además son coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco será omnipotente ya la política, cuya relación con el Derecho resulta invertida: la política y la legislación que deriva de ellas quedan subordinadas al Derecho. De manera que ya no es el Derecho el que debe ser entendido como un instrumento en manos de la política, sino que, al contrario, es la política la que debe ser interpretada como instrumento para la realización del Derecho y, en particular, de los principios y derechos fundamentales reflejados en ese proyecto a la vez jurídico y político que es la constitución. Si en la perspectiva de la teoría del Derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la distinción entre validez y vigencia de las leyes, en el plano de la teoría política se manifiesta en la correlativa transformación en la naturaleza de la *democracia*: la cual deja de equivaler ya a la *dimensión política* que a ella se incorpora por la *forma* representativa y mayoritaria de la producción legislativa que es condición de vigencia de las leyes, sino que además encuentra una *dimensión sustancial* que le viene impuesta por principios constitucionales que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos⁷.

Se comprende así la diferente posición del juez respecto de la ley que este nuevo paradigma introduce: no sólo, como es obvio, de los Tribunales Constitucionales, a los que se atribuye el control de constitucionalidad de las leyes, sino también de los jueces ordinarios en los que se confía el poder-deber de activar dicho control. La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución convierte al juez en persona encargada de garantizar los derechos fundamentales

⁷ Sobre este cambio de paradigma remito a *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, (1989), IV ed., Laterza, Roma-Bari 1997, capp. XIII y VII; tr. cast. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1995.

incluso frente al legislador, por medio de la censura de la invalidez de las leyes que sean contrarias a ellos promovida por los jueces ordinarios y declarada por los Tribunales Constitucionales. Su papel no es ya, como en el viejo paradigma paleo-positivista, el de la sujeción a la letra de la ley cualquiera que sea su significado, sino el de la sujeción a la ley sólo en la medida en que sea válida, esto es coherente, con la constitución. Y la validez no es ya, en este modelo constitucional-garantista, un dogma vinculado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente vinculada a la coherencia —valorada por el juez— entre sus significados y la constitución. De aquí se desprende que la interpretación judicial de la ley requiera siempre un juicio sobre la ley misma, en la que el juez tiene el deber de escoger exclusivamente aquellos significados que sean válidos, es decir, compatibles con las normas constitucionales sustantivas y con los derechos fundamentales que en ellas se reconocen.

Hay además una segunda transformación que ha contribuido a ampliar el papel del control jurisdiccional sobre los poderes públicos más allá de lo que sucedía en el viejo paradigma paleo-liberal. Afecta al sistema político, y consiste en la extensión de las funciones propias del Estado social a consecuencia, por una parte, del crecimiento de su intervención en la economía y, por otra, de las nuevas prestaciones requeridas por los derechos sociales constitucionalizados: a la salud, a la educación, a la seguridad social, a la subsistencia y otros análogos. En la medida en que no han sido instauradas las formas institucionales de un «Estado social de derecho», este notable crecimiento de las funciones del Estado se ha traducido en una mera acumulación de competencias, al margen de las estructuras del viejo Estado liberal y en ausencia de garantías eficaces para los derechos nuevos y de mecanismos adecuados de control político y administrativo. El resultado ha sido una crisis de la legalidad en la esfera pública: por un lado un aumento incontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos, por otro un progresivo aumento de la ilegalidad que se manifiesta, en todas las democracias avanzadas —en Italia como en España, en Francia y en Japón, pero también en Estados Unidos y en los países de América Latina— en el desarrollo de la corrupción, así como de procesos de desplazamiento del poder político hacia sedes invisibles que escapan a los controles políticos y jurisdiccionales.

Es evidente que también este segundo fenómeno ha provocado una expansión de la jurisdicción, en la medida en que se le ha asignado un nuevo papel: el de la defensa de la legalidad frente a la criminalidad del poder. Un papel central, puesto que la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio, propio del Estado de derecho, del sometimiento a la ley de todos los poderes públicos y que es al mismo tiempo presupuesto esencial de la democracia: equivale

también a visibilidad, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, igualdad de todos frente a la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles Estados, de dobles niveles de acción política y administrativa.

3. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN Y EL VALOR DE LA INDEPENDENCIA

En ambas dimensiones —el papel de garantía de los ciudadanos frente a leyes inválidas y el papel de garantía de la legalidad y la transparencia de los poderes públicos frente a actos ilícitos— no se asiste tan sólo a una expansión del papel de la jurisdicción respecto al viejo paradigma paleo-liberal, sino también a su configuración como un límite a la democracia política. Pues si la «democracia» es interpretada, según el modelo jacobino, en el sentido de la omnipotencia de las mayoría y, por tanto, de los poderes político-representativos, se establecerá un límite al control judicial cuya legitimidad no será «democrática», sino puramente «legal».

Y sin embargo, si la democracia es entendida también en el segundo de los sentidos anteriormente indicados —en referencia a la dimensión que podemos denominar «constitucional» o «sustancial», que no alude a *quien* está facultado para decidir (las mayorías, como se decía), sino a *lo que* no es lícito decidir (o dejar de decidir) por parte de cualquier mayoría, ni tan siquiera por unanimidad— serán precisamente estas transformaciones del paradigma las que ofrezcan un fundamento nuevo a la labor del juez, un fundamento «democrático» en este segundo sentido, no antitético sino complementario con el de la democracia política.

Esta esfera de lo «no decidible» —de las cosas que no es lícito decidir (o dejar de decidir)— expresa aquello que en las constituciones democráticas se ha querido sustraer a la voluntad de las mayorías. Y en cualquier convención democrática quedan excluidas de la decisión por mayorías, por ser condiciones de la vida en sociedad y la razón del pacto de convivencia, dos cosas: ante todo la tutela de los derechos fundamentales, a partir de la vida y la libertad que no pueden ser sacrificadas ante ninguna mayoría, ni interés general o bien común; en segundo lugar, la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es la garantía última frente a la arbitrariedad, así como frente a las violaciones cometidas por la propia voluntad mayoritaria que produce la ley.

Es en estos dos valores, expresión del principio de igualdad, donde se ubica el carácter «democrático» de la jurisdicción como garantía de los derechos

de todos, por un lado, y del ejercicio legal de los poderes públicos, por otro. Se trata de una dimensión de la democracia que se suma a la dimensión formal o política expresada por el principio de las mayorías y que bien podríamos denominar, recurriendo a un término devaluado por el uso, pero que bien puede ser rehabilitado ahora, «sustancial»: pues dicha dimensión no tiene que ver con las formas, esto es con el «quien» o al «como», de las decisiones, alcanzadas a través de la regla de las mayorías, sino con su sustancia, es decir con el «qué» de las decisiones mismas, es decir con su contenido o significado.

Queda reforzado así, frente al modelo paleopositivista y paleoliberal, el fundamento de la división de poderes y de la independencia de los magistrados: un reforzamiento que deriva precisamente de la nueva y doble función asignada a la jurisdicción como garantía de los derechos fundamentales de todos y, al mismo tiempo, de legalidad de los poderes públicos; en una palabra, en su función de garantía de aquello que he denominado la *esfera de lo no decidible* (por ser *inválido* o *ilícito*)⁸.

En el modelo paleoliberal y paleopositivista de la jurisdicción como aplicación de la ley, y del juez como órgano rígidamente subordinado a ella, el fundamento de la independencia de los jueces residía exclusivamente en la *legalidad* de las decisiones judiciales, asegurada a su vez por la *verdad* jurídica y fáctica, entendida en sentido relativo y aproximado, de sus presupuestos. En efecto, a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional de un Estado de Derecho es una actividad tendencialmente cognoscitiva, además de práctica y prescriptiva; o más concretamente, es una actividad prescriptiva que tiene necesariamente como justificación una *motivación* en todo o en parte cognitiva. Las leyes, los reglamentos, las disposiciones administrativas y los negocios privados son actos exclusivamente prescriptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende únicamente del respeto de las normas sobre su producción y cuya legitimación política se desprende en la esfera privada de la autonomía de sus autores y en la pública de un juicio de oportunidad y de adecuación a los intereses representados. Las sentencias, en cambio, exigen una motivación fundada sobre argumentos cognitivos sobre los hechos y re-cognitivos sobre el Derecho, de cuya aceptación como «verdaderos» depende tanto la validez o legitimación jurídica o formal, como su justicia o legitimación política o sustancial. De una parte, pues, la naturaleza cognitiva de la jurisdicción permite configurarla, a diferencia de la legislación y de la ad-

⁸ Sobre ello puede consultarse *Il diritto come sistema di garanzie*, en «Ragion Pratica», I, n. 1, 1993, pp. 143-161; cfr. también *Diritto e ragione*, cit., 37 y 57.

ministración, como «aplicación» o «afirmación» de la ley. De otra, permite asegurar el derecho fundamental específico, especialmente relevante en el derecho penal, a la inmunidad de la persona frente a sanciones arbitrarias.

Esta naturaleza de la actividad jurisdiccional sería suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundar su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Precisamente porque la legitimidad del proceso reside en las garantías de la imparcial comprobación de los hechos, no puede depender del consentimiento de la mayoría que sin duda no puede convertir lo verdadero en falso, ni en falso lo que es verdadero. Por eso el carácter electivo de los magistrados o la dependencia respecto del poder ejecutivo del Ministerio Fiscal se encuentran en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la famosa frase «algún juez habrá en Berlín» es que debe siempre existir algún juez capaz de absolver o condenar (y, antes de eso, una acusación pública capaz de iniciar o de no iniciar una acción penal) en contra de la voluntad de todos, cuando falten o cuando, por el contrario, consten las pruebas de la culpabilidad.

Pues bien, las dos fuentes de legitimación que derivan de las transformaciones del sistema jurídico y político que acabo de describir —la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano y el control de legalidad de los poderes públicos— añaden dos nuevos fundamentos al principio de independencia del poder judicial respecto del poder de las mayorías. Precisamente porque los derechos, según la acertada expresión de Ronald Dworkin, son triunfos frente a las mayorías⁹, también el poder judicial establecido para su tutela debe ser un poder virtualmente situado «frente a las mayorías». No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque esa decisión responde a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por muy amplia que sea puede dar legitimidad a la condena de un inocente o a la absolución de un culpable. Por otra parte, como es obvio, la función de control sobre la ilegalidad del poder no sólo no resulta garantizado, sino que se ve obstaculizado por cualquier relación de dependencia, directa o indirecta, de los magistrados respecto de los demás poderes. En Italia, las investigaciones sobre «*Tangentopoli*» relacionadas con representantes del poder político y económico habría sido inimaginables si los magistrados, y en un primer momento los fiscales, no hubieran sido totalmente independientes.

⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. cast. *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona 1984.



La figura y la posición institucional del juez en la democracia constitucional quedan más claramente definidas por su *exterioridad* respecto del sistema político y por su *distanciamiento* de los intereses particulares de los sujetos implicados en el procedimiento. El juez no es propiamente un órgano del Estado-aparato. Frente a los demás poderes del Estado, puede decirse incluso que es un *contra-poder*, en el doble sentido de que a él le corresponde el control sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos, y por tanto sobre las agresiones, de todo tipo, a los derechos de los ciudadanos. Y es claro que para cumplir esta función no debe tener ninguna relación de dependencia, directa o indirecta, con ningún otro poder. Debe ser, en otras palabras, independiente tanto frente a los poderes externos como a los poderes internos del orden judicial.

4. CONFLICTOS ENTRE PODERES. EL GARANTISMO COMO RESPUESTA A LA CRISIS EN LAS RELACIONES ENTRE JUSTICIA Y POLÍTICA

No obstante, por desgracia, los cambios de paradigma no son nunca, y menos aún en este caso, sencillos y lineales. El modelo aquí ilustrado, en efecto, no es más que un modelo teórico, desmentido en la práctica por la presencia de amplios márgenes de discrecionalidad y por los fallos y carencias en las garantías, ante todo en la sujeción a la ley, que lamentablemente caracterizan, por lo menos en Italia, la acción judicial. Ello produce intromisiones, conflictos entre poderes y luchas institucionales, agravadas por la lógica de confrontación que, en Italia, informa y envenena el debate político, dividiendo verticalmente la opinión pública entre quien está a favor y quien está en contra de los jueces, y a favor o en contra de los políticos. Con el resultado de que no sólo se perpetúan diferentes y contrapuestos corporativismos, sino que se difunde un generalizado descrédito de las instituciones y de la democracia.

Ante esta crisis del debate racional y de las relaciones institucionales, la primera tarea que aguarda a la cultura jurídica es, en mi opinión, la de revisar y reformular, desde el punto de vista teórico, una *actio finium regundorum* entre los poderes del Estado con el objeto de identificar con relativa precisión los límites respectivos y sus confines.

Resulta útil, al efecto, un criterio que ya he mencionado, según el cual la actividad jurisdiccional se caracteriza y se define como *verificación de las violaciones del derecho*: de los actos inválidos en el ámbito administrativo y constitucional, al igual que en el civil; de los actos ilícitos en el ámbito penal.

Sobre la base de este criterio, la diferencia entre la jurisdicción y la administración reside en el hecho de que la primera se ocupa de la *aplicación*, mientras que la otra actúa sólo en el *respeto* de la ley; donde por «aplicación» se entiende la actividad vinculada al cumplimiento de las obligaciones, mientras que «respeto» alude a una actividad jurisdiccional desarrollada dentro de la mera observancia de los límites o de las prohibiciones impuestas por la ley. De aquí el carácter tendencialmente cognitivo de la primera y decisionista de la segunda. No hay jurisdicción si no es con la verificación de un acto, tanto inválido como ilícito, y con la aplicación de la ley a los actos verificados. No hay política ni administración en ausencia de discrecionalidad, en el respeto —pero no en la aplicación— de la ley.

Es evidente que si éste, y solamente éste, fuera el papel de la jurisdicción, no tendría ningún sentido la alarma de quienes denuncian, ante el aumento de las intervenciones judiciales contra las violaciones de las leyes por parte de los poderes públicos, el riesgo de la judicialización de la política y/o de la politización de la justicia. El poder judicial no lleva a cabo, en efecto, un genérico control de legalidad capaz de provocar invasiones en la esfera de aquello que puede ser decidido por la política: pues interviene precisamente sobre aquello que la política no puede decidir, es decir, sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos. Ni tampoco tendría sentido, en aquellos casos en que tiene lugar una actuación judicial, acusar a la justicia de estar politizada: deberíamos incluso invertir la acusación y afirmar que la justicia ha dejado de estar politizada y que los jueces han dejado de hacer política en el momento en que han empezado a cumplir con sus obligaciones extendiendo su control también a la actuación ilegal del poder.

Por desgracia, la actividad jurisdiccional no es un mera actividad cognitiva de aplicación de la ley, a causa del fuerte déficit de garantías de nuestros sistemas judiciales: de *garantías penales*, a causa de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de los tipos penales que están abriendo espacios incontrolables de discrecionalidad en manos de la iniciativa penal, contraviniendo el principio de estricta legalidad; de *garantías procesales*, a causa de la desestabilización del proceso acusatorio provocada, al menos en Italia, por las reformas urgentes del año 1992 que desequilibran la relación entre acusación y defensa aumentando enormemente el peso de la primera en detrimento de la segunda y la importancia de la fase sumarial frente a la fase oral.

Nos encontramos pues ante un segundo y más importante paso que deberá dar la reflexión teórica y sobre todo la política, para dar consistencia a esta *actio finium regundorum* y que no se quede anclada en el cielo de los princi-

pios. Y este avance se traduce en un amplio reforzamiento de las garantías penales y procesales destinado a acentuar el carácter cognitivo del juicio, que hoy resulta especialmente relevante —como límite al poder discrecional de los jueces y al mismo tiempo como fuente de legitimación de su independencia— precisamente por la expansión que, como se ha indicado, ha tenido lugar en la función y en los espacios de la jurisdicción. Aunque, lamentablemente, en este terreno, debemos admitir que tanto los jueces como los políticos comparten, al menos en Italia, la ceguera frente al valor de las garantías.

Así pues, considero que el garantismo, en cuanto conjunto de principios axiológicos racionalmente compartidos, es la única vía posible para superar la crisis que estamos atravesando y el único terreno de encuentro entre jueces y políticos. Tanto desde el punto de vista de los primeros, como desde el de los segundos. Ante todo desde el punto de vista del poder judicial, cuyas fuentes de legitimación coinciden de lleno con el sistema de garantías, es decir, de los límites y de los vínculos —por encima de todos el principio de estricta legalidad penal— tendentes a reducir al máximo el arbitrio de los jueces en la tutela de los derechos de los ciudadanos. Y es evidente que estas fuentes deben ser tanto más fuertes cuanto más relevante sea el papel político desempeñado por la magistratura. Pues sería una contradicción en los términos suponer que el poder judicial, a falta de garantías y de estricta legalidad, llegara a proponerse, según el modelo que aquí ha sido ilustrado, como garantía de los derechos de los ciudadanos y de la legalidad de los demás poderes públicos.

Por esta razón, son los magistrados quienes deberán no sólo defender en la práctica judicial, sino también reclaman de la legislación, el pleno respeto de las garantías penales y procesales como condiciones irrenunciables de su legitimación: en primer lugar, de la certeza del Derecho, a través de la eliminación del sistema penal de todos aquellos tipos penales que resulten indeterminados y a través de una drástica despenalización que restituya a la actuación penal su carácter de *extrema ratio*; en segundo lugar, la restauración del principio de contradicción, frente a la ampliación de los procedimientos alternativos, cuyo resultado último es la definitiva marginación del debate oral. Porque es precisamente el respeto riguroso de estas garantías lo que funda la credibilidad de su función y de su independencia. Y, sin embargo, los magistrados, al menos en Italia, parecen oponerse por principio a cualquier reforma: a la reforma de la prisión preventiva y a la reducción de los delitos que poseen un tipo elástico; por no mencionar su negativa a la división de la carrera de los jueces y la de los fiscales que, una vez garantizada la total independencia de unos y otros frente al poder político, permitiría reforzar la imparcialidad

de los primeros, según el principio, propio del proceso acusatorio, de la separación entre el juez y la parte acusadora.

Pero también desde el punto de vista de la política y de los poderes políticos el garantismo es la única respuesta posible ante la crisis de legitimidad que les afecta y ante las indebidas extralimitaciones de la magistratura que están teniendo lugar. Es la única respuesta posible, ante todo, para refundar sobre la base del principio de legalidad el desarrollo del Estado social. Imaginemos tan sólo los efectos que tendría, en términos de certeza del Derecho, de efectividad de los derechos e incluso de garantía frente a la arbitrariedad y la ilegalidad administrativa, una reforma del Estado social que redujera los costes económicos de la intermediación burocrática y con ellos los márgenes de clientelismo y de la corrupción, y rediseñara sus prestaciones sobre la base del modelo de los derechos *ex lege*: según el modelo del derecho a la asistencia sanitaria y a la educación gratuita y obligatoria, el derecho al salario mínimo de subsistencia y otros semejantes. Pero, sobre todo, el garantismo es la única respuesta política posible ante la distorsión de la legalidad a la que asistimos en nuestros días. Pues las garantías penales y procesales, cuya estipulación depende exclusivamente de la voluntad legislativa, son precisamente aquellas técnicas que no solamente limitan el poder de los jueces, sino también las que aseguran, por un lado, las condiciones de su sujeción a la ley y, por otro, los espacios exclusivos de la política.

Se produce, en efecto, una aparente paradoja al considerar el valor político del principio de estricta legalidad penal. La legislación puede defender y realizar la reserva absoluta de ley en materia penal, que se encuentra entre las prerrogativas del Parlamento y por tanto de la política, tan sólo en la medida en que resulte no sólo condicionante, sino a la vez condicionado: o, en otros términos, en la medida en que se encuentre subordinado al mandato constitucional de taxatividad de los tipos penales. Inversamente, los jueces contarán con un mayor número de poderes discrecionales tendencialmente contradictorios con la esfera de la política cuanto más indeterminados sean los tipos penales, es decir, cuanto más alejadas se encuentren la política y la legislación de su función normativa. En Italia, por ejemplo, sigue vigente todavía el delito de «abuso en actos administrativos»: que es una norma en blanco, cuya reforma es rechazada insistentemente por la práctica totalidad de los magistrados y que de hecho consiente el enjuiciamiento del contenido de cualquier acto de la administración pública por parte de la magistratura, con todas arbitrariedades, los abusos y los conflictos que se pueden fácilmente imaginar. Es evidente que sólo una depuración de esta clase de delitos indeterminados y el respeto por parte del legis-

lador del principio de taxatividad permite evitar la arbitrariedad de los jueces en la práctica formulación o, por lo menos, en la integración, de los tipos penales, reduciendo así el actual carácter decisionista, y no cognitivo, de su actividad. Aunque es evidente también que sólo por medio de dicha depuración, acompañada de una drástica despenalización, es posible alcanzar, además de la certeza del Derecho, la supremacía de la ley y por tanto de la política en la determinación de los delitos y recuperar la eficiencia y la credibilidad de la intervención penal.

5. UNA PROPUESTA: LA INTRODUCCIÓN DE UNA RESERVA DE CÓDIGO

El único remedio para la crisis actual pasaría pues por una reforma garantista tendente a restituir al derecho penal su posición como *extrema ratio* que asegurara, en la mayor medida posible, a la jurisdicción penal su carácter cognitivo: de un lado, por medio de una drástica despenalización y reducción del número de presos y, de otro, por medio de la restauración de la legalidad de las figuras delictivas sobre las que se asienta la verificabilidad y la falsabilidad de la acusación, así como del sistema de garantías procesales de las que depende su verificación y falsificación.

Se impone, sobre todo, una reforma radical de la legislación penal sustantiva que, en Italia, está recogida en el código fascista de 1930 y en una masa ingente y confusa de leyes especiales, ocasionales y de emergencia que han ido acumulándose con el paso del tiempo. Aunque, en mi opinión, ni siquiera una reforma en profundidad de los códigos sería suficiente para superar la crisis. Así lo demuestra la breve y decepcionante historia del nuevo Código de procedimiento penal, entrado en vigor hace unos pocos años y ya desestabilizado, con el primer y, por lo demás, previsible recrudecimiento de la emergencia mafiosa, con la introducción de nuevas leyes de emergencia y de excepción.

Por este motivo deseo repetir aquí una propuesta que he formulado ya en diversas ocasiones: la introducción en la constitución de una *reserva reforzada de código* contra el abuso de la intervención en materia penal por parte del legislador ordinario¹⁰.

¹⁰ He defendido la oportunidad de formular una reserva de código penal y de procedimiento penal, entre otros lugares, en *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, en *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cargo de E. Bruti Liberati, A. Ceretti y A. Giassanti, Feltrinelli, Milano 1996, pp. 81-82 y en *La pena in una società democratica*, en «*Questione giustizia*», 1996, 3-4, pp. 537-538.

Las reformas de los códigos están destinadas a ser un fracaso, un inútil esfuerzo de Sísifo, si no se ven acompañadas por esta nueva y específica garantía: una meta-garantía, por así decir, de las garantías penales y procesales, empujando por la certeza y claridad del Derecho, frente a la legislación penal especial y de emergencia. La inflación legislativa, en efecto, ha acabado por hacer retroceder nuestros sistemas penales a una situación de práctica descodificación, no muy alejada de la que se conocía en época premoderna, cuando la multiplicidad de fuentes, la indeterminación de las leyes, la incertidumbre sobre las competencias y el predominio de las vías de hecho habían suscitado en la cultura ilustrada la exigencia del *código* como un sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y sanciones para la tutela de las libertades de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los jueces. Hoy en día —después de esa declaración de bancarrota del derecho penal que ha sido el pronunciamiento de la Corte Constitucional italiana n. 364 de 1988, según el cual se excluía por su imposibilidad el clásico principio penal de la inexcusabilidad de la *ignorantia legis*— esa exigencia ha llegado a ser, como entonces, extremadamente urgente. Y debe ser reivindicada, junto con la reserva de código, frente a la incertidumbre del Derecho generada no sólo ya por la «*iuris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados» de la que hablaba Thomas Hobbes hace trescientos años¹¹, sino también por la propia legislación, no menos inflacionista, incoherente y «desordenada».

Esta *reserva de código* supone que todas las normas en materia de delitos, penas y procedimientos deberían estar contenidas en el código penal o en el código de procedimiento y que ninguna otra podría aparecer sin que tuviera lugar la reforma de los códigos. Y debería estar garantizada además por la existencia de procedimientos legislativos agravados respecto de los ordinarios para la aprobación de nuevas normas penales y procesales¹².

¹¹ T. Hobbes, *Leviathan*, (1651), trad. cast. C. Mellizo, Alianza, Madrid 1992, p. 219: «Por tanto, lo que constituye la ley no es esa *iuris prudentia* subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado, y lo que él manda»

¹² Este principio ha sido parcialmente recogido por el último apartado del art. 129 del anteproyecto de reforma de la constitución italiana aprobada en octubre de 1997 por una Comisión bicameral y que actualmente está siendo discutida en el Parlamento: «las nuevas normas penales sólo serán admitidas si modifican el código penal o bien si están contenidas en leyes que regulan orgánicamente el conjunto de la materia sobre la que versan». Se trata de una formulación incompleta desde tres puntos de vista: ante todo, no se refiere a las normas procesales sino exclusivamente a las normas penales; en segundo lugar, deja abierta la posibilidad de la introducción de nuevas normas penales en las leyes orgánicas que regulan «el conjunto de una materia»; por último —y éste es el aspecto más importante— no establece procedimientos agravados para su aprobación.

Se trata de una medida indispensable para devolver credibilidad al Derecho penal. Por muy compleja y voluminosa que resultara, una nueva codificación inspirada en el principio «toda la legislación penal en los códigos, y nada fuera de los códigos» sería seguramente menos extensa que las actuales compilaciones de leyes especiales; cuando menos porque la prohibición de legislación dispersa obligaría al legislador a hacerse cargo siempre de la unidad y de la coherencia del conjunto. Por lo demás, si el derecho penal incide sobre las libertades de los ciudadanos, tiene relevancia cuasi-constitucional, de manera que no se puede admitir que quede continuamente expuesto a los humores pasajeros de las mayorías de gobierno y a la aparición de nuevas situaciones de emergencia.

Soy consciente de que proponer hoy en día una reforma garantista del sistema penal puede parecer una cosa obvia y a la vez irrealizable. Pero pienso que precisamente en las situaciones de crisis la referencia a los principios puede ser la solución más creíble, además de ser también la más eficaz y racional; y que precisamente en un momento de desorientación, de desconfianza y de temor en las cuestiones relacionadas con la justicia, la recuperación del garantismo, como sistema de vínculos y de reglas racionales establecidas para la tutela de los derechos de todos en el ejercicio del poder sancionador, tanto legislativo como judicial, no es sólo una respuesta estratégica sino también el único terreno no resbaladizo para el debate y el acuerdo.

